

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO

IGOR GOMES COSTA

**TEORIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO E O USO DA TUTELA INIBITÓRIA:
UM ESTUDO DE DOIS CASOS PARADIGMÁTICOS.**

CRICIÚMA
2018

IGOR GOMES COSTA

**TEORIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO E O USO DA TUTELA INIBITÓRIA:
UM ESTUDO DE DOIS CASOS PARADIGMÁTICOS.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Esp. Alisson Comin.

CRICIÚMA

2018

IGOR GOMES COSTA

**TEORIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO E O USO DA TUTELA INIBITÓRIA:
UM ESTUDO DE DOIS CASOS PARADIGMÁTICOS.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma- SC, 29 de outubro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Alisson Comin - Especialista - UNESC - Orientador

Prof.^a Jean Gilnei Custódio – Especialista - UNESC

Prof.^a Morgana Bada Caldas - Mestre - UNESC

Dedico este trabalho a todos que de alguma forma colaboraram para sua conclusão e que me deram apoio.

AGRADECIMENTO

Ao final de mais uma etapa, não poderia deixar de agradecer a todos que estiveram do meu lado nessa caminhada ou que de alguma forma contribuíram para esse momento. O presente trabalho representa o fim de um ciclo, alcançado com muita dedicação e superação e sobre tudo de muito apoio de colegas e familiares que me mantiveram no caminho certo.

Agradeço imensamente aos meus pais por estarem sempre do meu lado e por manter um lar, tranquilo, saudável e de muito afeto para que eu pudesse me reconfortar e recarregar as energias após um longo dia de estudo.

Agradeço, ainda, a minha querida namorada, Adrielle Barcelos, por não só estar do meu lado nesses últimos anos, como também, por me manter focado e me ajudar a ultrapassar as dificuldades da vida adulta.

Ainda, meus sinceros agradecimentos aos meus colegas de sala: Thiely, Giovana, Tayná, Luiz, Jefferson e Fabiano, bem como à minha gestora Priscila Pacheco, sempre compreensível e flexível para com minha rotina agitada da faculdade. E também, ao meu orientador e colega Alisson Comin, uma pessoa sensacional, de uma humildade e simpatia ímpar.

Sem todas essas pessoas, minha trajetória não seria a mesma, assim, meu muito obrigado!

“Cada coisa tem o seu valor; ser humano,
porém tem dignidade...”

Immanuel Kant

RESUMO

A presente pesquisa subdividida em três capítulos, visando analisar o direito de ser esquecido, sob a ótica da proteção dos direitos da personalidade. Busca, ainda, estudar o instrumento jurídico capaz de coibir a propagação pela eternidade de situações que denigrem a imagem e a honra, sem cercear os direitos Constitucionais de Liberdade de Expressão e Liberdade de Imprensa. Analisa-se a origem e as formas de tutela, e o seu potencial da tutela inibitória de salvaguardar direitos da personalidade. Além disso, traz à baila dois casos paradigmas que deram início a discussão do direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro, e forma em que foram resolvidos. Por fim, aborda-se a forma de proteger os direitos da personalidade, garantindo o direito de ser esquecido balizando com os direitos de Liberdade de Expressão e Imprensa. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento; Tutela inibitória; Harmonizar Direitos; Veiculação pela eternidade.

ABSTRACT

The present research subdivided into three chapters, aiming to analyze the right to be forgotten, from the perspective of the protection of the rights of the personality. It also seeks to study the legal instrument capable of preventing the propagation through eternity of situations that denigrate the image and honor, without restricting the Constitutional rights of Freedom of Expression and Freedom of the Press. It analyzes the origin and forms of guardianship, and its potential of the inhibitory guardianship of safeguarding the rights of the personality. In addition, it brings to light two paradigm cases that began the discussion of the right to forgetfulness in the Brazilian order, and the way in which they were resolved. Finally, the way to protect the rights of the personality is addressed, guaranteeing the right to be forgotten, balancing with the rights of Freedom of Expression and Press. The research method used was deductive, in theoretical and qualitative research using bibliographical material.

Keywords: Right to Forgetfulness; Intentional protection; Harmonize Rights; Propagation for eternity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS PONTUAIS SOBRE A TEORIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	12
2.1 MARCO CONTEMPORÂNEO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	13
2.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ASPECTOS HISTÓRICOS	15
2.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE IMPRENSA NA CONSTITUINTE BRASILEIRA	17
2.4 O QUE VISA ESQUECER O DIREITO AO ESQUECIMENTO?	18
2.5 DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL.....	21
3 TUTELA COMO GARANTIA DE DIREITO.....	23
3.1 DA NECESSIDADE DE SE ANTECIPAR A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	25
3.2 PROCEDIMENTOS ESPECIAIS PARA ASSEGURAR A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO LIMINARMENTE NO CPC DE 2015	27
3.3 ESPÉCIES ANTECIPATÓRIAS	28
3.3.1 Cautelar	28
3.3.2 Tutela antecipada	29
3.3.3 Tutela de evidência	30
3.4 TUTELA INIBITÓRIA E SUA APLICAÇÃO.....	31
3.4.1 Fundamentos e pressupostos da tutela inibitória.....	32
4 CASOS PARADIGMÁTICOS: QUESTÕES INTRODUTÓRIAS	35
4.1 RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097/RJ – “CHACINA DA CANDELÁRIA”	36
4.2 RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153/RJ – “AIDA CURI”	41
4.3 PONTOS CONVERGENTES E DIVERGENTES DOS VOTOS DOS RECURSOS ESPECIAIS Nº 1.334.097- RJ E Nº 1.335.153 – RJ.....	45
5 CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de estudar a aplicabilidade da Teoria do Direito ao Esquecimento, consistindo em uma forma de proteção da imagem, honra e intimidade do indivíduo contra a veiculação pela eternidade de fatos desabonadores de sua imagem e o instrumento pelo qual é possível a garantia de tais direitos, sem que, censure os direitos de Liberdade de Expressão e Liberdade de Imprensa.

Vejamos um caso hipotético: Imagine uma pessoa qualquer que após uma semana estressante de trabalho decida passar em um bar para tomar algumas cervejas. Ocorre que, sob o efeito do álcool, a mesma se empolga com a música e decide dançar, mas por estar com os sentidos abalados a mesma sobe na mesa; derruba alguns objetos e cai, machucando-se. Tal fato é noticiado nos veículos de imprensa, sendo tal situação vexatória. Será que esta pessoa estará condenada a ser lembrada deste fato isolado que não reflete a sua personalidade pelo resto de sua vida? será que esta pessoa não merece a proteção de sua intimidade? O direito de ser esquecida? Permitindo que essa situação desabonadora de sua imagem não seja veiculada pela eternidade? São nessas circunstâncias que o Direito ao Esquecimento age, permitindo ao indivíduo a possibilidade de ser esquecido, garantido o direito a sua intimidade, honra e vida privada.

Assim, estudaremos essa possibilidade e as formas pelas quais o direito ao esquecimento pode ser exercido sem que, fira direitos de terceiros. Para tanto, buscaremos na primeira parte do trabalho, entender sobre a Teoria do Direito ao Esquecimento, e o que efetivamente esquece esse direito. E ainda, uma explanação das Liberdades de Imprensa e de Expressão, que a primeira vista, se choca com o direito ao esquecimento.

Já no segundo capítulo do trabalho, é abordado o meio pelo qual é possível aplicar o do Direito ao Esquecimento, fazendo uma breve análise do passado, estudando o surgimento das tutelas, bem como, a forma que as tutelas estão tipificadas no Código de Processo Civil brasileiro. Dessa forma, o segundo capítulo busca demonstrar a possibilidade de utilização da Tutela Inibitória como instrumento de aplicação do Direito ao Esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Por consequência, o terceiro capítulo introduz dois Recursos Especiais que abriram a discussão sobre a Teoria do Direito ao Esquecimento no Brasil, e que possuem decisões divergentes sobre a mesma temática. Dessa forma, busca balizar o direito da personalidade através do direito de ser esquecido, sem ferir outros direitos.

Por fim, o método de pesquisa utilizado para o presente trabalho é o dedutivo, com emprego de material bibliográfico, de fontes primárias e secundárias, com a finalidade de entender se há a possibilidade de utilização da tutela inibitória como instrumento de materialização do Direito ao Esquecimento, protegendo os direitos da personalidade.

2 ASPECTOS PONTUAIS SOBRE A TEORIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento teve sua origem na Alemanha, quando em 1969, foi jugado o “caso Lebach” pelo Tribunal Constitucional Alemão, onde quatro soldados foram mortos. Um dos envolvidos ingressou com ação inibitória para impedir que o caso fosse transformado em filme. O pedido não foi acolhido, fundamentando o Tribunal Alemão que se tratava de história recente do país. Tal decisão tornou o caso Lebach como um dos casos mais conhecidos acerca do direito ao esquecimento (MENDES, 1997, p.389)

Ainda, o direito ao esquecimento tem grande importância no direito Penal brasileiro, do qual é atrelado à fixação de antecedentes visando a ressocialização do apenado em harmonia com os direitos da personalidade, tais como a privacidade, intimidade e imagem. A essência do direito ao esquecimento tem um significado simples: Os fatos do passado, ainda que verdadeiros, não precisam ser *ad aeternum* (COMERLATO; SOARES, 2015, p. 03).

No Brasil, o debate sobre o direito ao esquecimento incorporou ao ordenamento brasileiro, com os julgamentos dos Recursos Especiais nº 1.334.097/RJ e nº 1.335.153/RJ pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como após a VI e a VII Jornadas de Direito Civil, que reconheceram a existência e aplicabilidade do direito ao esquecimento. (ACIOLI e JUNIOR, 2017, p.386).

Apesar do direito ao esquecimento ser um tema relativamente novo no ordenamento brasileiro, juristas europeus e americanos, após uma pesquisa interna da jurisprudência de seu país, afirmam que há diversos casos entre direito ao esquecimento versus liberdades comunicativas, dos quais se verificou o posicionamento a favor de um direito ao esquecimento para a proteção da privacidade da pessoa afetada (ACIOLI e JUNIOR, 2017, p.386).

Com o crescente debate do direito ao esquecimento nas democracias ocidentais, é possível afirmar que este direito é de grande importância e merece ser analisado com cautela, posto que sua terminologia é bastante ampla, derivando outros direitos de conteúdo diversos, tais quais: Direito à reabilitação, direito ao apagamento, direito à desindexação, direito à obscuridade e o direito ao esquecimento digital (ACIOLI e JUNIOR, 2017, p.384).

Ocorre que, diante da falta de concretude do que seria o direito ao esquecimento e a relativa indefinição do tema, a positivação do direito e aplicação do mesmo no ordenamento jurídico brasileiro ficam prejudicadas, dessa forma, o primeiro passo é o entendimento acerca da extensão semântica e jurídica do que se ficou conhecido como direito ao esquecimento (ACIOLI e JUNIOR, 2017, p.388).

2.1 MARCO CONTEMPORÂNEO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento, na concepção de juristas, não é um tema novo de modo que teve origem no século XX. Ocorre que o tema reacendeu as discussões no mundo todo no ano de 2014 após o julgamento de grande repercussão mundial pela Justiça da União Europeia, no caso que ficou conhecido como Google Spain. (ACIOLI e JUNIOR, 2017, p.388).

O caso foi movido por um cidadão espanhol perante a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), contra La Vanguardia Ediciones SL, editora de jornal de Catalunha na Espanha e contra o Google Spain e o Google Inc, com os seguintes fundamentos:

A reclamação era que os internautas, ao inserirem o nome dele nos motores de busca do Google (Google Search), eram direcionados para duas publicações do jornal La Vanguardia, de 19 de janeiro e de 19 de março de 1998, que continham anúncio com seu nome acerca de venda de imóveis em hasta pública em decorrência de arresto que sofrera por dívida com a seguridade social. O reclamante pedia que a AEPD ordenasse a La Vanguardia que suprimisse seus dados pessoais da página — na prática, que apagasse esses dados —, e que o Google deixasse de exibir as informações publicados pela La Vanguardia entre os resultados das buscas do Google Search (ACIOLI e JUNIOR, 2017, p.388).

O Recorrente pleiteava a supressão de seus dados pessoais da página, já que conforme descrito nos autos, a dívida para com a seguridade social já havia sido quitada há muitos anos não tendo a notícia qualquer relevância atualmente (ACIOLI e JUNIOR, 2017, p.388).

A Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), em decisão de 30 de julho de 2010, indeferiu o pedido em relação ao jornal, sob o argumento de que a publicação tinha a finalidade de dar máxima publicidade ao ato de hasta pública e que fora determinado pelo Ministério do Trabalho da Espanha, já em relação ao Google Spain e Google Inc, reconheceu a responsabilidade das provedoras de search engine (motor de busca) pelos tratamentos de dados e o resultado

apresentado nas pesquisas e, portanto, determinou a retirada dos dados do cidadão espanhol dos resultados de pesquisas de seus motores de buscas, estando sujeitas à legislação espanhola e europeia pela proteção dos dados. No entanto, o Google Spain e o Google Inc. recorreram da decisão e a Audiência Nacional da Espanha resolveu encaminhar o caso ao Tribunal de Justiça da União Europeia (ACIOLI e JUNIOR, 2017, p.388).

O Tribunal de Justiça da União Europeia, decidiu que os provedores dos motores de buscas são responsáveis pelo tratamento de dados que realizam e os resultados que exibem, e ainda, reconheceu o direito ao cidadão de solicitar, num primeiro momento, extrajudicialmente, a retirada dos links que lhes dizem respeito e que podem trazer algum prejuízo. Caso o pedido não seja atendido pelo site, o cidadão europeu pode demandar contra a empresa responsável para que o conflito seja resolvido. Apesar de ter recebido inúmeras críticas do mundo todo, a decisão serviu de modelo para outros ordenamentos jurídicos pátrios para aplicação do direito ao esquecimento na internet (ACIOLI e JUNIOR, 2017, p.390).

Ainda, cumpre ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei N° 12.965/14, mais conhecida como Marco Civil da Internet, alguns juristas entendem que o direito ao esquecimento na internet foi contemplado pela lei no seu artigo 7º, inciso X como se vê:

Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei (BRASIL, 2014).

Além do mais, no artigo 21, também do Marco Civil, ficou estabelecido a responsabilidade dos provedores de internet em apagar vídeos e fotos que tenham conteúdo sexual e que não foram autorizadas pelos participantes

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. (BRASIL, 2014).

Dessa forma, o artigo 21 se assemelha à decisão do caso Google Spain, na medida em que permite ao cidadão afetado que solicite ao provedor de internet a retirada das informações a seu respeito, além disso, o artigo 19 do Marco Civil permite que os provedores de internet sejam responsabilizados pelos dados causados, se após determinação judicial não tomarem as providências cabíveis, se nota que a via judicial expressa pelo artigo é utilizada para preservar o direito à liberdade de expressão. (ACIOLI e JUNIOR, 2017, p.391).

Portanto, o caso do Google Spain influenciou o mundo todo com a polêmica decisão, que gerou inúmeras críticas, mas reacendeu a discussão sobre o tema. No direito brasileiro, apesar de haver recepção pela doutrina e aplicação em jurisprudências esparsas, o tema carece de regulamentação, sobretudo de uma definição mais concreta e delimitada afim de que se possa incorporar definitivamente ao ordenamento brasileiro.

2.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ASPECTOS HISTÓRICOS

A Constituição Federal de 1988 recepcionou a Liberdade de Expressão, no rol dos direitos fundamentais, elencados no artigo 5º, e previsto no seu inciso IV.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (BRASIL, 2018)

A respeito entende Samantha Meyer que:

A liberdade de expressão engloba a exteriorização do pensamento, ideias, opinião, convicções, bem como de sensações e sentimentos em suas mais variadas formas, quais sejam, as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação (2009, p. 66)

A Carta Magna brasileira conferiu aos cidadãos o poder da livre manifestação dos pensamentos, sendo vedado o anonimato. A proteção ao direito é tamanha, que está no rol dos direitos que não podem ser extintos, constituindo Cláusula Pétreia expressa, conforme disposição do seu artigo 60, § 4º, inciso IV, como se vê:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 2018).

Tal princípio consiste na liberdade de cada indivíduo expressar-se livremente, sem o temor de sofrer repressão por seus pensamentos e ideologias. Assim, é o direito do cidadão de pensar e defender as ideias que lhe agradam, sem qualquer retaliação ou repressão do Estado. (MEYER, 2009, p. 67).

José Celso de Mello (1986, p.153) faz uma distinção entre a liberdade de consciência, que é intrínseca ao homem, não se submetendo ao poder estatal, e a liberdade de exteriorização do pensamento, que por envolver a manifestação de ideias de cunho religioso, político e filosófico, podem ser alcançadas pelo poder de polícia.

[...] A liberdade de Consciência é indevassável e absoluta. Não se submete às restrições impostas pelo ordenamento estatal. A liberdade de exteriorização do pensamento, ao contrário, por envolver a manifestação de ideias e de crença religiosa, política ou filosófica, submete-se ao poder de polícia do Estado (MELLO FILHO, 1986, p. 153)

A manifestação dos pensamentos, ideias, opiniões e sensações são da natureza do homem, dotada essa manifestação de grande poder, pois reflete diretamente na sociedade e como ela caminha. (MEYER, 2009, p. 69).

A Carta Magna traz, ainda, em seu capítulo V, a vedação de qualquer tipo de censura, visando a preservação do direito a liberdade de expressão.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...]
 § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 2018)

A liberdade de expressão está presente nas sociedades democráticas, e a existência de censura ou não de determinado Estado sob esse direito, caracteriza-se por uma espécie de termômetro do regime democrático. (FARIAS, 2000, p.159).

É um dos princípios mais fundamentais do cidadão e a Inglaterra foi o primeiro país a travar a luta em prol da liberdade de expressão, quando em 1965, o Parlamento inglês resolveu não mais adotar o *Licensing Act*, que estabelecia a censura prévia (FARIAS, 2000, p.160).

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, popularmente conhecida como Pacto de San José de Costa Rica, recepcionada pela Constituição Federal Brasileira, determina que “toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão” (OEA, 2018).

Portanto, de acordo com os posicionamentos doutrinários expostos denota-se o caráter essencial da liberdade de manifestar-se, de expressar os pensamentos, que é inerente ao homem, não sendo concebível a construção democrática de um Estado sem a proteção desse direito fundamental para a vida humana.

2.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE IMPRENSA NA CONSTITUINTE BRASILEIRA

A liberdade de imprensa está intimamente ligada com a liberdade de expressão, uma não existe sem a outra, ambas são necessárias para a manutenção do Estado democrático de direito (FIORELLA, 2015, n.p).

De pronto, necessário se faz demonstrar, assim como a doutrina e a jurisprudência têm feito, que há distinção entre liberdade de expressão e liberdade de informação. A primeira seria a liberdade dos pensamentos; ideias; crenças; opiniões de modo a transmitir seu pensamento, e liberdade de informação abarca o direito de comunicação; de receber livremente informação sobre fatos. (FARIAS, 2000, p.163).

Atrelado à seara da informação, o papel da imprensa é fundamental para a manutenção do Estado democrático de direito, isso porque, as informações veiculadas nos meios de comunicação desempenham um papel social de informar os cidadãos, serve de controle do que está ocorrendo nos poderes do Estado. (FIORELLA, 2015, n.p).

A Constituição Federal Brasileira, chamada de “Constituição cidadã” e assim é considerada por grande parte da doutrina, haja vista que trouxe inúmeros direitos e garantias aos cidadãos, recepcionou a liberdade de imprensa no seu conteúdo.

A promulgação da Constituição de 1988, “a Constituição Cidadã”, representou a volta do regime democrático, após um longo período de regime militar e de restrição no exercício de muitas liberdades públicas. Nela privilegiou-se como não poderia deixar de ser os valores democráticos e um amplo rol de direitos e garantias fundamentais. (MEYER, 2009, p.65)

A Constituição Federal em vários artigos dispõe sobre a liberdade de informação, sendo vedado todo e qualquer tipo de censura, conforme seu art. 220, § 1º da CF/88. “Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social” (BRASIL, 2018).

Para Fiorella (2015), para que a imprensa possa cumprir seu papel social, é imprescindível que ela seja livre de censuras, no entanto, não significa dizer que não deverá seguir regulamentos.

Assim, extrai-se o caráter essencial da liberdade de imprensa com função social elevada, a de informar e noticiar acontecimentos, para que o cidadão saiba o que acontece ao seu redor, retirando-os da alienação total, e dando a oportunidade de controlar, por exemplo, as ações dos Poderes do Estado.

2.4 O QUE VISA ESQUECER O DIREITO AO ESQUECIMENTO?

O direito ao esquecimento garante a proteção dos direitos da personalidade, tais quais; a vida privada; a imagem; a intimidade; a honra e entre outros. É uma proteção à veiculação eterna de situações que afrontem tais direitos que têm como base o artigo 12 do Código Civil de 2002, podendo ser garantida por meio de tutela judicial inibitória (DIVINO; SIRQUEIRA, 2016, p.04).

Como mencionado, o Código Civil em seu art. 12 dispõe que a vítima da violação dos direitos da personalidade, pode fazer cessar a violação como se denota da sua redação: “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. (BRASIL, 2018).

Apesar de o Código Civil dispor sobre tal proteção, o direito ao esquecimento, como se pretende estudar no presente trabalho, foi reconhecido no âmbito civil no direito brasileiro em 2013, após a VI Jornada de Direito Civil, onde através da súmula 531, reconheceu-se o direito ao esquecimento como tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação. (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2013).

Sob a coordenação do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a inclusão do direito ao esquecimento como tutela do direito a dignidade da pessoa humana, se dá através dos crescentes danos causados pelas tecnologias de informação, conforme se verifica da fundamentação do enunciado.

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2013).

Como leciona Martinez, a intenção do direito de ser esquecido está voltada intimamente ao pensamento de superação do passado, fato pretérito este que não mais o define, possibilitando que seu direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem não sejam atingidos pelos fatos longínquos. (2014, p.58)

Ainda, na VII Jornada de Direito Civil, no ano de 2015, também sob a coordenação do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, o direito ao esquecimento ganhou força e instrumento de exteriorização, sendo concebida a possibilidade de assegurar o direito ao esquecimento por meio de tutela judicial inibitória. (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2015).

Deu fundamento ao enunciado 576 da VII Jornada de Direito Civil, os dois julgados do Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1.334.097 e 1.335.153 do Rio de Janeiro, que abriram precedentes para aplicação da tutela judicial inibitória como meio de proteção dos direitos da personalidade, assim se conclui que não se pode sonegar a tutela judicial inibitória para resguardar direitos dessa natureza, pois nenhuma outra é capaz de assegurá-los de maneira tão eficiente”. (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2015).

Ainda, os membros da VII jornada de Direito Civil entendem que a violação dos direitos da personalidade não admite a *restitutio in integrum*, isso porque a proteção prevista no artigo 5º, inciso V da Constituição Federal brasileira, não garante a reparação do abalo, já que “a compensação financeira apenas ameniza e o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido também é incapaz de restaurar o bem jurídico violado, visto ser impossível restituir o *status quo*”. (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2015).

Portanto, o direito ao esquecimento é a possibilidade de defesa do indivíduo que teve seu direito da personalidade violado, permitindo-lhe que não autorize a veiculação de situações pretéritas que o expõem ao público em geral, causando-lhe sofrimentos e transtornos decorrentes dessa veiculação. (MARTINEZ, 2014, p.81)

Ocorre que os avanços tecnológicos são contínuos e de forma acelerada, e apesar de haver reconhecimento doutrinário do direito ao esquecimento e jurisprudencial, a falta de lei regulamentadora do assunto no ordenamento brasileiro, obriga os operadores do direito a adequarem e interpretarem a Constituição conforme o caso concreto, logo, há a necessidade de regra expressa para pacificar o entendimento, para que os magistrados e operadores do direito, não se apoiem apenas na hermenêutica, racionalidade e observação dos direitos em colisão. (DIVINO; SIRQUEIRA, 2016, p.05).

Assim, a falta de norma regulamentando o direito ao esquecimento, ainda que existam posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, até mesmo do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, faz com que cause uma insegurança jurídica, já que ao ajuizar a ação, o indivíduo afetado não sabe se será protegido e, portanto, terá preservada a sua imagem, honra e vida privada, ou se a decisão irá basear-se na liberdade de informação e imprensa em detrimento dos seus direitos da personalidade.

Nessa esteira de ponderações, há alguns projetos em andamento, dos quais tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 1676/2015 de autoria do deputado Veneziano Vital do Rêgo, que tem como objetivo tipificar o ato de fotografar, filmar ou captar a voz de pessoa, sem autorização ou sem fins lícitos, prevendo punições para as diversas formas de divulgação. (ACIOLI E JUNIOR, 2017, p.392).

No que diz respeito a esse trabalho, o artigo 3º desse projeto de lei, traz uma boa definição quanto à definição do direito ao esquecimento:

Art. 3º O direito ao esquecimento é expressão da dignidade da pessoa humana, representando a garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público. (BRASIL, 2015).

Ocorre que, ao analisar o projeto, o mesmo apresenta algumas fragilidades que se verifica ao abordar o seu parágrafo único do artigo 3º, que dispõe que o titular do direito ao esquecimento pode exigir do meio de comunicação, frisa-se, independentemente de ordem judicial, a retirada e exclusão do material que lhe façam referência de fatos ilícitos e contra a sua honra. E ainda, no artigo 4º aduz que o meio de comunicação deverá criar em 90 dias departamentos para tratar do direito ao esquecimento e disponibilizar endereços físicos e telefones para receber reclamações, tal medida não só se mostra como inviável ante ao número genérico de meios de comunicações existentes, bem como os custos operacionais, dos quais, empresas de pequeno porte e ou jornalismo independentes não teriam como custear. (ACIOLI E JUNIOR, 2017, p.393).

Dessa forma, o direito ao esquecimento no âmbito do direito brasileiro carece de regulamentação de leis que se coadunem com a doutrina vigente e os valores da internet aberta, plural e democrática. (ACIOLI E JUNIOR, 2017, p.393).

Longe da nossa realidade atual, na União Europeia, o direito ao esquecimento já pode ser aplicado aos usuários da internet, isto é, os internautas que forem vítimas de divulgação de seus dados, poderão a qualquer momento requisitar que tais informações sejam “deletadas”. (PINHEIRO, 2016, n.p.)

Logo, todas essas medidas, conforme demonstradas, não só no direito brasileiro, como no exterior, têm o esquecimento como direito de proteção dos direitos da personalidade, face não só aos procedimentos criminais, mas também aos meios de comunicação e a crescente expansão da rede mundial de computadores, que propícia a eternização de situações pretéritas que denigrem a imagem do indivíduo alvo da rememoração ou causa-lhe profundo sofrimento em nome do direito à liberdade de imprensa ou expressão.

Desse modo, há a necessidade de regulamentação do direito ao esquecimento, tirando o fardo dos magistrados que têm que balizar o conflito de princípios a cada caso concreto.

2.5 DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

Como já mencionado, o direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro carece de regulamentação, tendo em vista que ainda não foi estabelecido por legislação. Trata-se, portanto, de figura em construção da qual a sua

conceituação e aplicação decorrem da jurisprudência e da doutrina. (COSTA e MINIUCI, 2017, p. 419).

Os primeiros casos a tratar da temática, foram julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, ao decidir os emblemáticos recursos especiais nº 1334097/RJ e nº 1335153/RJ, conhecidos como Chacina da Candelária e caso Aida Curi, respectivamente, e ambos os casos foram julgados sob a relatoria de Luís Felipe Salomão, pela 4ª Turma. Em ambos os julgados o objeto da controvérsia era a veiculação na mídia televisiva de episódios ocorridos no passado. (COSTA e MINIUCI, 2017, p. 414).

Sendo um tema relativamente recente no ordenamento brasileiro, a doutrina caminha a passos curtos, de modo que não vai além dos precedentes jurisprudências, de modo que é possível identificar tendências entre elas, tais como: (I) derivação da figura a partir da noção de direito à intimidade e à privacidade; (II) contraposição à liberdade de imprensa e ao direito de informação; (III) apresentação do tratamento europeu, às vezes com referência às diferenças entre Europa e Estados Unidos; e (IV) Reflexão geral sobre internet, supermemória e esquecimento. (COSTA e MINIUCI, 2017, p. 419).

Ocorre que as contribuições jurisprudenciais são manifestamente incompletas ao abordarem o tema direito ao esquecimento, não enfrentando as especificidades do direito, assim, talvez não justificando a importância de se falar em uma nova figura jurídica. (COSTA e MINIUCI, 2017, p. 419).

No entanto, ainda que as construções doutrinárias e jurisprudenciais caminhem a passos curtos, o desenvolvimento e a conceituação acerca do direito ao esquecimento é de suma importância para que haja a positivação e aplicação do mesmo.

Além do mais, as Jornadas de Direito Civil, têm trazido grandes contribuições para o tema, reconhecendo a importância do direito ao esquecimento e a aplicabilidade em face da violação, considerando o direito ao esquecimento como tutela da dignidade da pessoa humana.

3 TUTELA COMO GARANTIA DE DIREITO

No dicionário Aurélio a palavra *tutela* tem significado de proteção; defesa; amparo; vigia. (AURÉLIO, 2018). Para o presente trabalho, limitar-se-á o estudo à tutela jurisdicional do Estado e suas formas de antecipação, diante da vedação de autotutela privada pelo Estado. A tutela é a proteção conferida pelo Estado sob um determinado direito, assim como entende Marinoni:

Tutela é a proteção que o Estado deve dar aos direitos, seja mediante normas (tutela normativa), atividades fático-administrativas (tutela administrativa) ou mediante decisões judiciais (tutela jurisdicional). A tutela jurisdicional do direito certamente não pode se confundir com a técnica processual utilizada para viabilizá-la (MARINONI, 2018, n.p.).

A história relata que em determinado momento da evolução humana, o Estado tirou dos indivíduos o poder de resolver seus conflitos havidos pelo convívio social. Dessa forma, tomando para si a tutela dos cidadãos impedindo a autotutela, competindo, portanto, ao Estado conhecer os conflitos e aplicar as medidas exatas de justiça. (SOUZA, 2018, n.p.).

Para instituir um Estado de Direito, se faz necessária a vedação da autotutela, já que a justiça privada gera intranquilidade e compromete o convívio social, pois, com a sua efetivação, a vitória nem sempre será daquele que possui razão, mas sim, daquele que possui mais força (SPADONI, 2007, p. 21).

Assim, para a segurança jurídica em caso de conflito, a pretensão que deve prevalecer e ser efetivada, é aquela positivada pelo ordenamento jurídico e que emerge dos valores da sociedade, da Constituição e das leis. Para tanto, houve a necessidade de se conceber órgãos estatais investidos de poder e incumbidos de impor o cumprimento da ordem jurídica (SPADONI, 2007, p. 21).

Desse modo, a vedação da autotutela dos cidadãos pelo Estado, fez com que este assumisse o dever de tutelar de forma adequada e efetiva os conflitos particulares, dando aos conflitantes a devida tutela jurisdicional (MARINONI, 2009, p.25).

Nesse sentido, o processo é o meio pelo qual se garante a resolução da questão controvertida, de forma que a prestação jurisdicional do direito pelo Estado é perfectibilizada por uma decisão que deve surgir o mesmo resultado que se verificaria na possibilidade de autotutela privada (MARINONI, 2009, p.25).

Ao recorrer ao Estado para solucionar o conflito, exercemos a pretensão à tutela jurisdicional do direito, e para tanto, utiliza-se a ação processual, em exercício do direito material tutelado. (MARINONI, 2009, p.26).

Tem-se que a ação é o meio pelo qual buscamos a proteção do direito material, e embora seja a ação abstrata, deve esta, estar adequada às formas de tutela prometidas pelo direito material. É, pois, uma concepção de ação sob o dever de proteção estatal e de direito fundamental, isso porque, o direito de ação é garantido pela Constituição Federal brasileira em seu art. 5º XXXV (MARINONI, 2009, p.26)

E como entende Marinoni, não é certo afirmar que a ação dependa de existência do direito material, o que se têm é o direito à ação adequada à tutela dos direitos, sendo titular ou não do direito material postulado. Entende ainda que:

A ação é o meio através do qual se pede a tutela jurisdicional do direito. A sentença, qualquer que seja ela, responde ao direito de ação, apesar de a tutela jurisdicional do direito, como é natural, apenas poder ser prestada pela sentença de procedência. (MARINONI, 2009. p. 27)

Desse modo, não se tem apenas o direito de ir a juízo e buscar do Estado a prestação jurisdicional, mas também, há o direito à ação adequada para determinada tutela do direito material, podendo ser construída diante das necessidades do caso concreto, não tornando o procedimento engessado. (MARINONI, 2009, p. 28).

Nesse sentido ante a previsão legal do texto da Constituição Federal Brasileira em que dispõe no seu “art. 5º XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ao se propor a demanda, o autor afirmará a existência de ameaça ou lesão, pedindo a tutela jurisdicional do direito, cabendo ao Estado a prestação jurisdicional adequada. (MARINONI, 2009. p. 28).

Para cumprir a função jurisdicional de forma absoluta solucionando os conflitos de interesses e impondo o império da Lei, que cumpre salientar, decorrentes dos valores da sociedade e transmitidos à Constituição e às normas infraconstitucionais do país, é necessário conceder a todos, sem distinção, a possibilidade de levar as suas pretensões ao órgão jurisdicional, mesmo que sejam tais pretensões infundadas, assim como entende Spadoni:

Mesmo as pretensões infundadas, esdrúxulas ou eivadas de má-fé devem ser conhecidas pelo Poder Jurisdicional, pois somente dessa maneira poderá ele constatar a quem a lei concede proteção em um dado conflito de interesses, para que então possa concedê-la. (SPADONI, 2007, p. 22).

Portanto, o Estado, por meio do exercício da jurisdição, tem a intenção de que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial, promovendo a justiça a todos e alcançando a paz social (SPADONI, 2007, p. 22).

3.1 DA NECESSIDADE DE SE ANTECIPAR A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A sociedade evolui com o tempo, e o Estado deve acompanhar essa evolução. Ocorre que, devido às transformações da sociedade; vedação da autotutela privada, houve a necessidade de dar maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional pelo Estado, o que colocou o processo civil clássico sob tensão, gerando a necessidade de se criar procedimentos capazes de atender as novas formas de direito, principalmente no que diz respeito ao casos urgentes, com necessidade de se antecipar sumariamente a jurisdição.

A necessidade de maior celeridade de tutela dos direitos, advinda das características dos “novos direitos” e das relações jurídicas próprias à sociedade contemporânea, colocaram em xeque o processo civil clássico, evidenciando a imprescindibilidade da adaptação do sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade. (MARINONI, 2018, n.p.).

O surgimento da tutela antecipada tem origem do Direito Romano, através do chamado *interdicto* ou *interdictum*, que se caracterizava como uma forma de tutela de urgência, com cunho satisfativo e de caráter provisório. Era emanado pelo *praetor*, com base na probabilidade e em juízo de verossimilhança e visava a concessão imediata da pretensão requerida pelo autor (VERAS, 2011, n.p.).

Os pretores, no Direito Romano, tinham o poder de decidir o mérito de um conflito, atendendo as necessidades da época garantindo a aplicação da lei. O interdito se mostrou importante instrumento do direito pátrio Romano, pois, permitia que o pretor, com base nos requisitos de juízo de probabilidade entregasse a prestação jurisdicional pretendida de forma célere e efetiva. (VERAS, 2011, n.p.).

Contemporaneamente, a antecipação da tutela tem origem do Direito Italiano, em que devido a morosidade da prestação jurisdicional, houve a necessidade de se buscar uma forma capaz de garantir a proteção do direito daquele que se socorre do Estado, em face do caráter de urgência (VERAS, 2011, n.p).

No ordenamento jurídico brasileiro, a tutela está expressamente prevista pelo Código de Processo Civil brasileiro, e constitui instrumento de suma importância para dar efetividade ao processo, isso porque é capaz de atender as pretensões urgentes, fundadas no receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Logo, a demora da prestação jurisdicional não deve prejudicar o autor que tem razão, e ainda, o tempo do processo não poder ser um ônus suportado unicamente pelo autor (MARINONI, 2009, p. 29).

Ocorre que antes da implementação da tutela antecipada no Código de Processo Civil, que ocorreu em 1994, o mesmo não era efetivo e havia grande resistência dos Tribunais e doutrinadores em admitir que se utilizasse a antecipação da tutela satisfativa do requerente, sob as técnicas da cautelar. Entendia-se que o processo principal perderia o seu objeto, pois a Cautelar tinha apenas a função de garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional, dessa forma, a cautelar não podia antecipar a decisão de direito material. (MARINONI, 2018).

No entanto, mesmo diante da resistência dos tribunais, a prática forense utilizava a cautelar para alcançar a tutela satisfativa do direito. E diante desse quadro o legislador em 1994 foi levado a inserir a tutela antecipada no Código de Processo Civil de 1973, sob a seguinte redação:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (BRASIL, 1973).

Com essa introdução no Código de Processo Civil, se instituiu uma nova forma de tutela, e permitiu que se antecipasse a tutela quando evidenciado o perigo de dano. Esta introdução no sistema processual foi necessária, devido às novas situações de direito material que não eram garantidas por tutela satisfativa sumária, bem como, a técnica de utilização da cautelar para se antecipar a tutela

não era aceita pelos tribunais, devendo se aguardar o exaurimento da atividade cognitiva para obtenção da prestação jurisdicional, o que ainda hoje é um processo moroso, e que pode trazer prejuízo ao autor quando diante de um direito urgente, tendo de esperar o transcurso do processo para ao final obter do Estado a tutela satisfativa do seu direito, o que por vezes já abalada ou inutilizada pelo dano sofrido, desguarnecido de tutela antecipada. (MARINONI, 2018).

3.2 PROCEDIMENTOS ESPECIAIS PARA ASSEGURAR A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO LIMINARMENTE NO CPC DE 2015

Como já debatido acima, houve a necessidade de se instituir novos procedimentos processuais capazes de guarnecer as novas formas de direito material, tendo em vista a urgência e evidência do direito, já que a cautelar, mesmo sendo utilizada rotineiramente no dia-a-dia forense para se antecipar a tutela, tal prática não era aceita. Para tanto, surgiram os novos procedimentos processuais que visam antecipar o direito, por meio da cognição sumária. (MARINONI, 2018).

Chama-se de técnica de cognição sumária, a decisão que se baseia no juízo de probabilidade. Tal decisão não esgota a cognição, ou seja, apenas afirma a probabilidade da existência do direito. Dessa forma, ao exaurir a cognição é possível que se cancele a liminar concedida e se reconheça que o direito que inicialmente se supôs existir, após análise aprofundada, se constata que não existe (MARINONI, 2018).

Há no Código de Processo Civil de 2015 diferentes formas processuais em que se pode utilizar a técnica de cognição sumária, tais como: (I) Tutela cautelar prevista pelo art. 300 do CPC, que visa assegurar a tutela jurisdicional, ou seja, que se possa garantir o regular prosseguimento da ação principal, de forma incidental ou antecedente e que não tem caráter satisfativo. Destina-se, portanto, o regular andamento da pretensão jurisdicional futura, há também a (II) Tutela antecipada prevista pelo art. 300 do CPC, para realizar antecipadamente um direito tendo em vista perigo de dano que pode ser concedida no próprio processo de conhecimento, ou decorrente de situação urgente, mediante ação de tutela antecipada antecedente. É a tutela final que se espera alcançar de cunho satisfativo, há também a (III) Tutela de evidência prevista pelo art. 311 do CPC, apenas no curso do processo de

conhecimento quando o direito do autor se mostra evidente, bem como a defesa da parte contrária for manifestamente protelatória ou inconsistente, antecipando o direito do autor. No entanto, cumpre destacar que esse procedimento apenas será concedido após do contraditório do réu, diferentemente da tutela antecipada e da cautelar. (MARINONI, 2018, n.p.).

3.3 ESPÉCIES ANTECIPATÓRIAS

Primeiramente se faz necessário especificar a qualificação antecipada, que difere da tutela antecipada prevista pelo artigo 300 do Código de Processo Civil. Isso porque, a técnica antecipatória da tutela diz respeito ao momento da prestação da jurisdição pelo Estado que acontece antes do exaurimento da atividade cognitiva do magistrado. Abarcando as espécies de antecipação abaixo:

3.3.1 Cautelar

A tutela cautelar é um importante instrumento jurídico que é utilizado há muito tempo no direito. Com importantes raízes do direito italiano, hoje, a tutela cautelar visa assegurar o direito que poderia ser prejudicada pelo tempo, calcado em situações urgentes. (MARINONI, 2018).

Importante dizer que a cautelar é tutela de segurança do direito, isso porque, assegura o bom e regular andamento da ação principal, garantindo que o direito não pereça pelo transcurso do tempo.

Nesse toar, o artigo 301 do Código de Processo Civil deixa evidente que a cautelar é medida de segurança da tutela do direito que se pretende alcançar, isso porque conforme se extrai da sua redação, “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante (...) qualquer medida idônea para asseguuração do direito”. (MARINONI, 2018).

Logo, o legislador não deixou dúvidas quanto à finalidade da cautelar de, por meios idôneos, assegurar a tutela principal não se confundindo como outrora, com tutela antecipatória satisfativa do direito, nesse pensamento entende Marinoni:

Agora não há mais dúvida que tutela cautelar não tem o mesmo significado de tutela antecipada. Segundo a própria lei processual, a tutela cautelar não

realiza ou satisfaz o direito por antecipação; a sua função é assegurar o direito ou a tutela efetiva do direito material (MARINONI, 2018, n.p.).

Dessa forma, a cautelar tem o objetivo de assegurar o direito constitucional de ação, sob a possibilidade de que se tenha dano ao resultado útil do processo, visando o regular andamento da ação futura, antecipando os atos urgentes e garantindo assim, a tutela do direito, que cumpre esclarecer não é satisfativa, evitando a frustração da prestação jurisdicional. (SPADONI, 2007, p. 86).

3.3.2 Tutela antecipada

A tutela antecipada, como antes referido, foi introduzida no Código de Processo Civil de 1973 em 1994, ante ao desvio de finalidade da cautelar possibilitou a antecipação de direitos com base no perigo de dano (MARINONI, 2018).

A tutela antecipada caracteriza-se como a tutela do direito material, em outras palavras, a tutela antecipada é a própria pretensão do autor que é almejada com o ingresso da ação. Tal concessão antecipada do direito se dá em virtude de perigo de dano sobre a probabilidade do direito do autor, dessa forma, diante da urgência do caso e constada a probabilidade do direito, é concedida a tutela antecipada para determinada finalidade. Ela tem caráter satisfativo, posto que, como dito, é a antecipação do direito que se almeja (MARINONI, 2018).

É, portanto, a tutela final do direito diferindo da cautelar por não assegurar o direito e sim concedê-lo, e da tutela de evidência, por ser prestada mediante perigo de dano. Assim como entende Marinoni não se trata de instrumento de outra tutela:

Desse modo, a tutela antecipada não é instrumento de outra tutela ou faz referência a outra tutela. A tutela antecipada satisfaz o autor, dando-lhe o que almejou ao propor a ação. O autor não quer outra tutela além daquela obtida antecipadamente, diversamente do que sucede quando pede tutela cautelar, sempre predestinada a assegurar uma situação dependente da tutela final ou a própria efetividade da tutela jurisdicional do direito. (MARINONI, 2018, n.p.).

Dessa forma, a tutela antecipada é importante técnica de antecipação do direito material que se almeja, quando demonstrado o perigo de dano e

probabilidade do direito do autor, dando a oportunidade de se obter de imediato o direito que seria alcançado ao final do processo, garantindo a tutela do direito.

3.3.3 Tutela de evidência

Prevista no artigo 311 do Código de Processo Civil, a tutela de evidência é concedida quando os elementos dos autos demonstrarem o direito do autor e é concedida independentemente de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, nos casos:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

- I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
- III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
- IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. (BRASIL, 2018).

Nesse sentido, a tutela de evidência também tem finalidade antecipatória da tutela final de caráter satisfativa com base em probabilidade. No entanto, a distinção com as outras se encontra no fato de que a concessão da tutela final é antecipada mediante análise das provas constantes dos autos e ainda, da inconsistência da defesa, com base no inciso I do artigo 311 do CPC. (MARINONI, 2018, n.p.).

Portanto, a tutela de evidência, como o próprio nome sugere, é concedida mediante evidência manifesta do direito, permitindo que o ônus do tempo do processo não seja suportando unicamente pelo autor. (MARINONI, 2018, n.p.).

Tal tutela não se confunde com as demais, pois independe de demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado do processo. Fundamenta-se sua concessão na inconsistência da defesa caracterizada pelo abuso e ou a finalidade meramente protelatória, bem como, os fatos se mostrarem incontroversos e evidentes. Nota-se que a intenção do legislador foi distribuir o ônus do tempo,

para que o autor com direito evidente, logo, provável, não seja submetido a uma longa espera até o fim da lide. (MARINONI, 2018, n.p.).

Isso porque, o tempo do processo não pode prejudicar o autor, devendo a prestação jurisdicional ser efetiva e célere, já que o Estado tomou para si a competência de tutelar os direitos e proibiu a autotutela, tratando os litigantes de forma igual, portanto, importa dizer que o réu não pode se beneficiar do processo para protelar o cumprimento de determinada obrigação, logo, incabível seria fazer o autor sofrer com a demora, se seu direito se mostra evidente e incontroverso, devendo haver a distribuição do ônus do tempo (MARINONI, 2018, n.p.).

3.4 TUTELA INIBITÓRIA E SUA APLICAÇÃO

A tutela inibitória é a ação direta e principal que visa impedir a violação ao direito material. É, pois, o meio pelo qual se evita de forma definitiva a violação do direito, ou ainda se impede a continuação ou repetição dessa violação. (SPADONI, 2007, p. 32).

A inibitória tem caráter de proteção do direito, já que não age somente após a ocorrência do dano, como também se busca evitar que o direito seja violado, de forma preventiva, garantindo a fruição *in natura* do direito por seu titular. (SPADONI, 2007, p. 33).

É, portanto, a tutela específica do direito, invocada quando há justo receio de violação do direito. Nesse caso, é expedida ordem ao réu para que se abstenha de determinada prática considerada com potencial lesivo, ou para que o réu adote medidas para alcançar o resultado de adimplemento da obrigação. (SPADONI, 2007, p. 33).

A tutela inibitória é importante meio de proteção dos direitos ditos como extrapatrimoniais, visto que, uma vez violados não restabelecem os *status quo ante*, sendo irreparáveis, dessa forma, a atuação preventiva é a melhor forma de assegurar a tutela do direito. Já que a ação de reparação de danos com base em pagamento em pecúnia é mera tentativa de minimizar o dano. Logo, é incapaz de restaurar o estado antes da lesão (SPADONI, 2007, p. 33).

Assim entende Marinoni ao afirmar que a tutela inibitória, não só visa evitar preventivamente o dano, como também sua repetição e continuação.

Tutela inibitória é uma das formas de tutela do direito material, para ser mais preciso, a tutela inibitória é voltada a impedir a prática de ato contrário ao direito, assim como a sua repetição ou, ainda, continuação. (MARINONI, 2018, n.p.).

Dessa forma, a tutela inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento, que se destina a impedir a prática considerada lesiva, sua repetição ou continuação. Não está vinculada a nenhuma ação principal, advém da necessidade de se conceder preventivamente a tutela do direito, evitando antes mesmo que aconteça a violação. (MARINONI, 2012, p. 1).

3.4.1 Fundamentos e pressupostos da tutela inibitória

A tutela inibitória se funda do direito material, já que seu objetivo é a prevenção da violação do direito, sendo tais direitos invioláveis. Necessário se faz admitir ação de conhecimento preventiva objetivando a proteção destes, posto que, não havendo a atuação preventiva resta apenas o ressarcimento do dano, o que por si só não tem a capacidade de reestabelecer o *status quo ante* (MARINONI, 2012, p. 2).

Assim, a tutela inibitória encontra fundamento na inibição do ilícito, que se traduz em: Evitar a violação; evitar a repetição e ou a continuação, por meio de ação que impõe ao réu uma obrigação de fazer ou não fazer, já que como disposto pela Constituição Federal em seu art. 5.º, XXXV em que dispõe que a lei não excluirá da apreciação “a ameaça ao direito”, cabendo ao Estado garantir tutela capaz de evitar a violação. (MARINONI, 2012, p. 2).

Dessa forma, como há o direito fundamental a uma efetiva prestação da tutela jurisdicional, é dever do legislador instituir técnicas processuais que sejam capazes de perfectibilizar a tutela preventiva, já que o que se espera não é a atuação repressiva do Estado, mas que este viabilize instrumentos processuais capazes de evitar o dano, concedendo a tutela de prevenção, em outras palavras, o que se espera é a não ocorrência de dano, e havendo justo receio de violação do direito material tutelado, que se possibilite a prevenção do ilícito, logo, tal meio apto é a tutela inibitória (MARINONI, 2012, p.3).

Ainda, tem como pressuposto a possível ocorrência do ilícito, ou até mesmo a sua repetição e continuação. É voltada ao futuro, ainda que, como dito a

violação já tenha ocorrido, e portanto, nesse caso, atuando na prevenção de sua repetição ou impedimento de sua continuação. Não está ligada com ressarcimento do dano, sua atuação não está vinculada a uma possível probabilidade de dano, mas sim, a probabilidade do ilícito. Isto é, o ato contrário ao direito material tutelado. (MARINONI, 2012, p. 3).

Isso porque, se considerarmos que a tutela inibitória visa a proteção única e exclusiva do dano, nega-se a existência de ato ilícito antes do dano. No entanto, o dano é decorrente do ato contrário ao direito material tutela, dessa forma, o ato contrário, considerado ilícito, deve ser destacado para que se possa proteger o direito.

O que se pretende, é inibir a ocorrência do evento contrário ao direito material tutelado, pouco importando a existência de dano. Considere um caso hipotético em que o legislador impôs um dever de não fazer, a violação desta norma, que seria o cometimento da conduta descrita como dever de abstenção, já gera a tutela jurisdicional inibitória. (MARINONI, 2012, p. 4).

Dessa forma, despreocupada com o dano e pautada no ato ilícito (ato contrário ao direito), o autor não precisa alegar o dano, o que não dará possibilidade ao réu de argumentar se houve ou não o dano, evitando uma possível produção de provas, o que torna a ação muito mais célere. Em contrapartida, não implica dizer que o dano não ocorrerá, ou que este não carece de atenção. Ato ilícito e dano podem ocorrer simultaneamente, momento em que o dano será objeto de cognição do magistrado e será possível o réu discuti-lo. Não tendo havido o dano, a cognição do magistrado será restrita ao ato contrário ao direito, que estabelece a proibição justamente para se evitar o dano. (MARINONI, 2012, p.4)

Quando a modalidade de tutela inibitória, são elas: (i) O impedimento do ilícito, ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido cometido pelo réu, trata-se efetivamente da prevenção do cometimento do ato contrário ao direito, devendo ser demonstrada a probabilidade do ilícito. Ainda (II) inibir a repetição do ato ilícito e (III) impedir a continuação. Ambas são notadamente mais fáceis para comprovar a ameaça, já que têm como base o ato ilícito já cometido e a primeira precisa demonstrar indícios de que o ilícito será praticado. (MARINONI, 2012, p.4).

Assim, de acordo as necessidades do caso, a prevenção do ato ilícito se dará de modo diverso, podendo haver prevenção futura de ato ilícito já cometido, visando o impedimento de repetição ou de continuação.

4 CASOS PARADIGMÁTICOS: QUESTÕES INTRODUTÓRIAS

Como já referido no presente trabalho, o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, ganhou notoriedade após o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça dos Recursos Especiais nº 1.334.097/RJ e nº 1.335.153/RJ, ambos sob a relatoria de Luís Felipe Salomão da 4ª Turma.

Em ambos os casos, o objeto do conflito foi a veiculação em mídia televisiva de episódios ocorridos no passado e que foram rememorados pelo programa Linha Direta da Globo Comunicações e Participações S.A. (COSTA e MINIUCI, 2017, p. 414).

A posição do relator nos casos em comento, tendeu a reconhecer o chamado direito ao esquecimento, com finalidade de que o indivíduo não precise passar pelo constrangimento de ver os eventos pretéritos serem rememorados por nova notícia em mídia televisiva ferindo os direitos da personalidade, tais como a vida privada; intimidade, entre outros (COSTA e MINIUCI, 2017, p. 415).

O relator no seu voto expõe as tensões entre os direitos da personalidade, pautados no direito da dignidade da pessoa humana previsto pela Constituição Federal Brasileira em seu artigo 1º, inciso III, versos a liberdade de imprensa, uma tensão entre o interesse público e o privado. (COSTA e MINIUCI, 2017, p. 415).

Apesar de em ambos os casos ter sido reconhecido o direito ao esquecimento, o dever de indenizar não caminhou junto ao direito de ser esquecido, de modo que o desfecho dos Recursos Especiais trouxe uma contribuição significativa para a temática (COSTA e MINIUCI, 2017, p. 415).

Desse modo, os casos em comento são de grande relevância para a incorporação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que apesar de em ambos os casos ter sido reconhecido o direito ao esquecimento e a possibilidade de sopesamento dos direitos, as circunstâncias do caso concreto levaram o julgador a decidir de forma diversa. (COSTA e MINIUCI, 2017, p. 415).

Diante disso, passamos a analisar minuciosamente os acórdãos dos recursos especiais que deram ao direito ao esquecimento no Brasil, uma importante contribuição para incorporação destes em nosso ordenamento jurídico.

4.1 RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097/RJ – “CHACINA DA CANDELÁRIA”

Deu origem ao julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097 pelo Superior Tribunal de Justiça, a ação de reparação de danos morais proposta por Jurandir Gomes de França em face da TV Globo Ltda (Globo Comunicações e Participações S.A.), por ter sido mencionado como partícipe do crime conhecido nacionalmente como chacina da Candelária no ano de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, veiculado pelo programa Linha Direta Justiça no ano de 2006 (COSTA e MINIUCI, 2017, p. 414).

Do relatório do acórdão extrai-se que o sr. Jurandir foi indiciado pela sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993 no Rio de Janeiro, episódio que repercutiu nacionalmente e foi intitulado como chacina da Candelária, mas que, tendo sido levado a Júri, o Sr. Jurandir foi absolvido por negativa de autoria por todos os membros do Conselho de Sentença (STJ, 2013, p. 1).

Nos autos da ação de reparação de danos o Autor informou que foi procurado pelo programa Linha Direta – Justiça, a fim de ser entrevistado, mas que recusou e manifestou seu desinteresse com a veiculação de sua imagem atrelada ao episódio, e apesar de sua negativa, no ano de 2006 foi ao ar a matéria sobre a chacina da Candelária e foi apontado o autor como um dos envolvidos e que fora absolvido (STJ, 2013, p.1).

Devido a veiculação da matéria fazendo menção ao nome do autor, ainda que informado que fora absolvido, reacendeu na comunidade aonde residia a imagem de chacinador e o ódio social, tendo que abandonar seus bens e sua casa, devido ao temor pela sua vida e de seus familiares e dominado pelo medo de sofrer represália por “justiceiros”, bem como, informou que a matéria prejudicou sua vida profissional não tendo conseguido arrumar emprego, de modo que a veiculação da matéria feriu seu direito à paz, anonimato e privacidade (STJ, 2013, p. 1).

Jurandir, diante do ocorrido, pleitou o valor de 300 (trezentos) salários mínimos a título de indenização pela reparação dos danos causados decorrentes da veiculação da matéria, tendo sido a ação julgada pela 3ª Vara Cível da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, e restou improcedente, sopesando, o interesse público da notícia e o direito ao anonimato e ao esquecimento, entendendo o Juízo por mitigar o segundo.

E em sede de apelação a sentença foi reformada, sob os fundamentos:

Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal. I - O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último.

II - Constituindo os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-los, em diálogo com a sociedade civil.

III - Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento.

IV - Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento.

V - Precedentes dos tribunais estrangeiros. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de indenização (TJRJ, 2008).

A TV Globo inconformada com a reforma da sentença, após os embargos infringentes e embargos de declaração terem sido rejeitados, interpôs Recurso Especial, sustentando a ausência do dever de indenizar por não ter havido ilicitude, bem como, não ter havido nenhuma invasão à privacidade e ou intimidade do autor, já que os fatos noticiados já eram de conhecimento público e amplamente debatido pela sociedade (STJ, 2013, p.4).

Aduziu ainda a TV Globo, que o acolhimento de um direito ao esquecimento ou de ser deixado em paz se mostraria incabível em detrimento do direito de informar, bem como, não seria possível fazer uma matéria sobre a chacina da Candelária sem mencionar o Autor, sendo que este era uma “peça chave” do ocorrido e sua omissão importaria na queda do nexo com a realidade (STJ, 2013, p.4).

Após agravo em recurso especial, o recurso subiu ao Superior Tribunal de Justiça e foi julgado pela 4ª Turma, tornando a decisão um marco para o direito ao esquecimento no Brasil.

VOTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097/RJ

O Ministro Luis Felipe Salomão, foi o relator do recurso, e na sua concepção o conflito entre a liberdade de informação/expressão e os direitos inerentes à personalidade, são recorrentes e de ordem constitucional, merecendo uma análise atenta ao caso concreto (STJ, 2013, p.10).

O acórdão expôs que há diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça em que foram analisados o confronto entre as publicações jornalísticas e as ofensas aos direitos da personalidade, no entanto a solução dada aos casos quase sempre estiverem ligadas à uma ilicitude da publicação, em razão de conteúdo difamatório ou inverídico, sendo tais notícias atuais (STJ, 2013, p.11).

Sendo assim, a 4ª Turma em decorrência da ilicitude de matérias jornalísticas adotou as seguintes teses:

- (I) o compromisso ético com a informação verossímil;
- (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade;
- (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*)" (REsp 801.109/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2012).

Ressaltou-se no voto que o conflito entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade ganharam a tônica da modernidade, ante as novas facetas da realidade social, decorrentes da invocação de novos direitos, desafiando o julgador a solucionar o conflito. (STJ, 2013, p.18).

Ocorre que, como dito, os precedentes anteriores eram pautados na ilicitude da publicação, não sendo o caso em comento, conforme é extraído do acórdão.

Nos presentes autos, o cerne da controvérsia transita exatamente na ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento do autor, reabriu antigas feridas já superadas e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole, circunstância que lhe teria causado abalo cuja reparação ora se pleiteia (STJ, 2013, p.18).

É portanto, uma nova figura jurídica que merece atenção, em que o autor busca o reconhecimento e proteção do seu direito ao esquecimento, de forma a não

ser lembrado do episódio sem o seu consentimento, no tocante aos fatos desabonadores de natureza criminal, os quais foi inocentado (STJ, 2013, p.18).

O relator mencionou que a tese do direito ao esquecimento tem ganhado força no ordenamento jurídico brasileiro, com grande contribuição dada pela VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal, em que no Enunciado n. 531, reconheceu-se o direito ao esquecimento como tutela da dignidade da pessoa humana (STJ, 2013, p.18).

Mas adverte, que apesar do direito ao esquecimento estar ganhando maior visibilidade, a sua complexidade aumenta quando aplicada à internet, que nas palavras do relator é um “ambiente que, por excelência, não esquece o que nele é divulgado” de modo que o alcance de tais informações são potencializadas pela facilidade de compartilhamento e dificuldade de rastreamento. Expõe que há um “resíduo informacional” que supera a contemporaneidade, ou seja, a notícia não tem mais relevância atual, e que tais informações pretéritas, podem ser, no mínimo, desconfortantes para aquele que é noticiado (STJ, 2013, p.19).

Assim, o relata-se a relevância atual do direito ao esquecimento, e expõe que o direito ao esquecimento na internet reclama por uma solução legislativa ou judicial, já que o domínio do tráfego é mais complexo, não sendo o caso alvo do recurso, pois trata-se de veiculação em mídia televisa (STJ, 2013, p.20).

O relator entende que o direito a atividade da imprensa apoia-se nos direitos constitucionais de liberdade de informação e de manifestação do pensamento, mas argumenta, que os direitos e garantias protegidos pela Constituição, na visão doutrinária, não são em regra absolutos. (STJ, 2013, p.23).

Relata que em conflito de bens jurídicos de tais magnitudes, há uma inclinação para soluções protetivas da pessoa humana, mas que a melhor solução do conflito deve sempre observar o caso concreto (STJ, 2013, p.25).

Nessa esteira de ponderações, relata-se que a dignidade da pessoa humana garante que o valor dado ao homem deva ser maior que as coisas criadas por ele próprio, tais como o mercado; imprensa e até mesmo o Estado. Caracterizando, portanto, um direito intangível e oponível *erga omnes* (STJ, 2013, p.25).

Aborda-se que o conflito entre a liberdade de informação e direitos da personalidade, em eventual prevalência a proteção da dignidade da pessoa humana,

dos direitos da personalidade, após necessária ponderação do caso concreto, em detrimento da liberdade de informação, não se configura como censura vedada pela Constituição Federal (STJ, 2013, p.27).

Expõe o relator, que a notícia de jornalismo policial deve ser vista com cautela, pois conforme entende, o telespectador estará convencido da versão apresentada pela matéria, não restando dúvidas que os fatos ocorreram daquela forma, estando os noticiados estigmatizados como culpados, vale transcrever um trecho importante do voto:

Pelo menos em meia dúzia de crimes noticiados nacionalmente na última década, não se pode negar, os acusados já iniciaram o julgamento condenados, e com essa condenação popular prévia e sumária, certamente, contribuiu a natural permeabilidade dos jurados ao hiperinformacionismo a que tiveram amplo contato anteriormente (STJ, 2013, p.30).

Nesse sentido se relava a nobreza do direito ao esquecimento, que se concretiza como um direito à esperança. No que desrespeita ao caso da chacina da Candelária, relata-se que a relevância histórica da tragédia, mas que a fatídica história seria contada de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser relevadas em rede nacional (STJ, 2013, p.40).

Mas apesar da instância de 1º grau ter entendido que a reportagem veiculada nacionalmente tenha sido fidedigna com a realidade dos fatos, entende o relator que a vinculação do nome e imagem do autor com a chacina reacendeu a desconfiança, conforme se vê:

A receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado (STJ, 2013, p.41).

Diante disso, entendeu o relator que permitir a nova veiculação do fato pretérito, com a indicação precisa do nome e imagem do noticiado, significaria permitir uma segunda ofensa a sua dignidade, já que a primeira ocorreu no passado devido ao desastrado inquérito policial, que ficou conhecido como uma vergonha nacional, e assim, o relator negou provimento ao recurso da TV Globo, confirmando a condenação no valor de 50.000 mil reais a título de indenização pelos danos causados, por ter reavivado fato pretérito já superado reacendendo na sociedade a imagem do noticiado como chacinador (STJ, 2013, p.43).

4.2 RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153/RJ – “AIDA CURI”

O processo iniciou através de uma ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem proposta por Nelson Curi; Roberto Curi, Waldir Curi e Maurício Curi, em face da TV Globo LTDA (STJ, 2013, p.1).

Deu causa ao processo, a veiculação pela TV Globo através de seu programa linha direta, de um episódio que ocorreu no ano de 1958, em que Aída Jacob Curi de 18 anos foi estuprada e assinada na cidade de Copacabana no Rio de Janeiro, tendo o caso ganhado grande repercussão nacional por força dos noticiários da época (STJ, 2013, p.1).

Ocorre que os autores da ação, irmãos da vítima, sustentaram que o crime já havia sido esquecido pelo passar do tempo, mas que com a veiculação da matéria, a ré cuidou de reabrir as antigas feridas dos autores, explorando a imagem da vítima, expondo a sua vida, morte e pós-orte, expondo os fatos novamente em cadeia nacional (STJ, 2013, p.1).

Entenderam os autores que a emissora explorou a imagem da vítima, posto que depois de passados vários anos rememoraram o episódio, mesmo após os autores terem notificado a TV globo para não fazer, e de forma ilícita, enriqueceram as custas da tragédia, auferindo lucro com a audiência e publicidade (STJ, 2013, p.1).

Dessa forma, foi pleiteada indenização por danos morais, em decorrência da reportagem que fora veiculada nacionalmente ter aberto feridas antigas nos autores, revivendo a dor do passado, bem como, pleiteou-se danos materiais e à imagem, por entenderem que houve exploração comercial da imagem da falecida, auferindo lucro com a audiência e publicidade (STJ, 2013, p.1).

A ação foi julgada improcedente pelo juízo da 47ª Vara Cível da Comarca da capital do Rio de Janeiro, sendo posteriormente confirmada a decisão em sede de apelação, conforme ementa abaixo:

INDENIZATÓRIA. PROGRAMA "LINHA DIRETA JUSTIÇA". AUSÊNCIA DE DANO. Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado "Linha Direita Justiça"

1 – Preliminar – o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas. 2 – A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou

licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retrata, ou ainda, quando essa imagem/nome foi utilizada para fins comerciais. Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos. A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente. Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe, um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos. Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator (TJRJ, 2010)

Tendo em vista ainda a rejeição dos embargos de declaração, os autos ascenderam ao STJ após agravo em recurso especial, sendo julgado da seguinte forma:

VOTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153/RJ

Assim como no Recurso especial nº 1.334.097, caso conhecido como chacina da Candelária, o Recurso Especial do caso de Aida Curi foi julgado sob a relatoria do ministro Luís Felipe Salomão, dessa forma, ambos os votos estão em harmonia, mas apresentaram resultado distinto, conforme será demonstrado.

O acórdão relata que os conflitos entre a liberdade de informação e direitos inerentes à personalidade são recorrentes e tem natureza constitucional, dessa forma merecem análise atenta ao caso concreto (STJ, 2013, p.6).

Enfatizou o relator, assim como o fez no Resp paradigma nº 1.334.097, que o conflito entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade ganharam a tônica da modernidade, devido aos avanços da sociedade face aos novos direitos, desafiando o julgador a solucionar os conflitos (STJ, 2013, p.13).

Aduz o ministro que a controvérsia encontra-se na ausência de contemporaneidade da notícia, tendo em vista fato ocorrido no passado, mais precisamente no ano de 1958, e que na visão dos autores, reabriu feridas já

superadas quanto à morte de sua irmã. Assim, a tese dos autores é a proclamação do seu direito ao esquecimento, conforme se extrai do voto:

A tese dos autores é a proclamação do seu **direito ao esquecimento**, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas (STJ, 2013, p.14).

Na concepção do relator, o direito ao esquecimento é uma nova figura jurídica, que ganhou força e espaço no ordenamento jurídico brasileiro ao ser reconhecido, pela VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal, em que no Enunciado n. 531, reconheceu o direito ao esquecimento como tutela da dignidade da pessoa humana (STJ, 2013, p.14).

Dessa forma, relata a atual relevância do direito ao esquecimento que se choca com a liberdade de informação e imprensa, ambos, direitos de ordem constitucional, mas, ressaltou que não há direitos absolutos (STJ, 2013, p.19).

Apesar de haver inclinação para soluções protetivas da tutela da dignidade humana, em conflito com as liberdades de informação e imprensa, ressalta-se a importância de analisar o caso concreto e aplicar a medida cabível (STJ, 2013, p.19).

Entende o relator, que a predileção por medidas protetivas da tutela da dignidade da pessoa humana se coaduna com a Constituição Federal, posto que, apesar de a liberdade de imprensa; de informação livre de censura estar prevista como direito fundamental (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal “gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República”, dessa forma, caracterizando-se como um espelho a ser seguido pelos direitos posteriormente reconhecidos. (STJ, 2013, p.20).

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana garante que o valor dado ao homem deva ser maior que as coisas criadas por ele, e ainda, acima do próprio Estado. É, pois, um direito intangível e oponível a todos.

Nesse entendimento, havendo conflito entre os direitos de liberdade de informação e direitos da personalidade, eventual proteção do segundo, após necessária ponderação do caso concreto, não configura como censura vedada pela Constituição Federal. (STJ, 2013, p.20).

O relator enfrenta a questão controvertida da lide e verifica se há comprometimento da história em eventual acatamento do direito ao esquecimento, bem como se os crimes e criminosos que entraram para a história poderiam

simplesmente desaparecer, ou seja, um conflito era a tutela que se espera e o inegável interesse público (STJ, 2013, p.23)

Entendeu-se que a história da sociedade é um patrimônio imaterial do povo, inserindo-se os mais variados acontecimentos. Nesse contexto, resguardar a história dos crimes passados pode significar uma análise de como a sociedade evolui ou regride com o tempo, bem como, qual foi a resposta do Estado para o caso, revelando portanto, o caminho pelo qual a sociedade passou e a possibilidade de avanços (STJ, 2013, p.23).

O Ministro revelou seu temor com a exploração midiática dos crimes e sua influência direta no resultado dos julgamentos, tendo em vista que, muitas vezes o conselho de sentença estará certo de que a pessoa acusado é culpada após assistir a matéria, conforme se extrai do acórdão:

Pelo menos em meia dúzia de crimes noticiados nacionalmente na última década, não se pode negar, os acusados já iniciaram o julgamento condenados, e com essa condenação popular prévia e sumária, certamente, contribuiu a natural permeabilidade dos jurados ao hiperinformacionismo a que tiveram amplo contato anteriormente (STJ, 2013, p.26).

Nessa realidade que o direito ao esquecimento se torna um direito nobre por natureza, isso porque, revela-se como um direito à esperança àquele que fora exposto, dando a possibilidade de regenerabilidade da pessoa humana (STJ, 2013, p.36).

O direito ao esquecimento no âmbito do direito penal se mostra mais ativo, posto que, garante a ressocialização do apenado após cumprida a pena, livrando-se do estigma de condenado.

Não tenho dúvida, como antes salientado, em afirmar que, em princípio, assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas (STJ, 2013, p.31).

No entanto, entendeu o relator que no caso em tela, o direito ao esquecimento não merece guarida, isso porque, o fato rememorado pelo programa televisivo, é e será um acontecimento que entrou para o domínio público, fazendo parte, apesar de trágico, da história do país. Assim, a atividade jornalística seria impraticável se houvesse de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi (STJ, 2013, p.37).

Relativa a dor dos familiares em ter de rememorar um crime ocorrido no passado, o relator traz uma importante reflexão:

No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes (STJ, 2013, p.38).

Dessa forma, a reportagem que foi veiculado 50 anos após o crime levou o relator a concluir que não houve abalo moral por parte dos familiares, assim, negou-se provimento a indenização por danos morais, entendendo que, no caso em questão, o acolhimento do direito ao esquecimento, com a consequente indenização, seria uma desproporcional limitação à liberdade de imprensa, quando comparado ao desconforto gerado pela lembrança. (STJ, 2013, p.38).

4.3 PONTOS CONVERGENTES E DIVERGENTES DOS VOTOS DOS RECURSOS ESPECIAIS Nº 1.334.097- RJ E Nº 1.335.153 – RJ.

Em ambos os casos o Relator foi o Ministro Luis Felipe Salomão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, e foram julgados em 28 de maio de 2018.

Há muitos pontos de convergência nos acordãos, que apesar de partes diferentes, possuem um tema em comum: o reconhecimento do direito ao esquecimento de fato veiculado pela TV Globo através de seu programa linha direta.

É reconhecido o conflito aparente entre a liberdade de expressão/informação, nos casos em comento, materializando-se na liberdade de imprensa contra os direitos da personalidade, tais como: Intimidade, privacidade e honra, ambos os direitos de ordem constitucional.

O ministro relata que o direito ao esquecimento tem ganhado força no Brasil, ante ao reconhecimento do direito ao esquecimento como tutela da dignidade da pessoa humana, pela VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal.

O relator defende em ambos os casos que se faça uma análise do caso concreto de forma a garantir a proteção as normas constitucionais, e através da ponderação destes, aplicar o que for melhor ao caso concreto, já que, defende a

tese de que os direitos não são absolutos, assim, em eventual aplicação do direito ao esquecimento, a liberdade de imprensa não estaria sendo limitada.

Nos casos em comento, ambos se tratam de veiculação de fato pretérito em mídia televisa, assim, o ministro enfrentou a tese de que os fatos do passado, como crimes, são de interesse público retratando a história do país.

Defendeu que a história é patrimônio imaterial da sociedade, e retratar no futuro a evolução ou regressão da sociedade, bem como, qual foi a resposta dada pelo Estado ao caso, portanto, é inegável a importância dos acontecimentos históricos e que estes devem ser preservados.

No entanto, retrataram os acórdãos, nenhum direito em regra é absoluto, possibilitando assim, após necessária ponderação do caso concreto a aplicação da medida que mais satisfaz o caso concreto. É nessa linha de raciocínio que os acórdãos caminham para um decisão divergente.

No caso da chacina da Candelária, o relator reconheceu que a matéria estaria bem contada e fidedigna com a realidade, sem que para tanto precisasse expor o nome e imagem da vítima, de forma que, sua exposição em cadeia nacional atrelado ao crime que grande repercussão nacional, fez reacender a desconfiança da sociedade para com este, e ficando com a imagem de chacinador, ainda que absolvido.

No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte (STJ, ministro Luis Felipe Salomão, nº recurso especial Nº 1.334.097 – RJ, p. 41).

Sendo assim, mesmo que as trapalhadas do inquérito policial sejam parte integrante do caso da chacina da candelária, reconheceu-se o direito ao esquecimento do autor para que sete não seja atrelado ao crime, e desse modo, negou-se provimento ao recurso interposto pela TV globo e manteve a condenação de R\$ 50.000 (cinquenta mil reais) a título de indenização pelos danos.

Já no caso da Aida Curi, apesar de que o conflito era, em parte, semelhante ao caso da chacina da Candelária, o ministro entendeu que o direito ao esquecimento não se aplicava ao caso, tendo em vista que o crime aconteceu a mais de 50 anos, sendo importante acontecimento para a história do país, de modo,

que acatar a tese seria limitar a desproporcionalmente a liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança. Cumpre transcrever um trecho importante do acórdão:

No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. (STJ, ministro Luis Felipe Salomão, nº recurso especial Nº 1.335.153 – RJ, p. 41).

Dessa forma, negou-se o reconhecimento do direito ao esquecimento no caso da Aida Curi, tendo em vista o longo transcurso do tempo, fato que amenizou a dor dos familiares, bem como, o crime ser patrimônio imaterial da história do país.

5 CONCLUSÃO

Vivemos em um mundo globalizado, marcado pelos grandes avanços tecnológicos em que as notícias e acontecimentos circulam com muita velocidade, de modo que as informações ultrapassam a barreira da distância, podendo-se acompanhar um fato que está acontecendo no outro lado do mundo em tempo real, bastando apenas o acesso a uma rede de internet. Portanto, o mundo está conectado, sendo o acesso às informações facilitado, seja pelas redes sociais, jornais online ou pela mídia televisiva, estamos conectados!

Assim, como estudado no presente trabalho o direito ao esquecimento vem ganhando força no mundo todo, pois traz um conceito muito nobre de proteção dos direitos da personalidade, tão abalados pelas inúmeras notícias e informações disponibilizadas, que muitas vezes denigrem a imagem do indivíduo e que deixaram há muito tempo de ter qualquer relevância social.

O direito ao esquecimento é, portanto, a expressão da dignidade da pessoa humana, caracterizando como uma forma de proteger a vida privada, honra, imagem e intimidade da pessoa afetada, de modo que o direito ao esquecimento é a quebra do paradigma que impõe o direito absoluto à liberdade de imprensa e informação em detrimento de outros direitos.

Num primeiro momento, ao verificar-se o conflito aparente entre liberdades de imprensa, informação e expressão para com o direito ao esquecimento, tende-se a pensar que este último não irá prevalecer. No entanto, o direito ao esquecimento é, assim como reconhecido pela doutrina e pela VI Jornada de Direito Civil, uma tutela da dignidade da pessoa humana, logo, trata-se de dois direitos fundamentais regulamentados pela Constituição Federal brasileira.

O que se pretende com a aplicação do direito ao esquecimento não é censurar a imprensa ou as liberdades de expressão e informação, mas sim, e tão somente, a proteção da vida privada, da honra e imagem para que os fatos desabonadores da conduta do indivíduo não sejam lembrados para a eternidade, possibilitando a este, o direito de ser esquecido, podendo deixar para trás o ocorrido.

Os contrários ao direito ao esquecimento argumentam que há na notícia relevante interesse social, não podendo ser suprimido o direito à informação e o livre exercício da imprensa para atender interesse particular.

No entanto, a regulamentação do direito ao esquecimento se faz necessária para delimitar sua abrangência e aplicação no caso concreto, o que se pretende é proteger e não censurar. Importante ressaltar que nenhum direito é absoluto, cabendo à análise no caso concreto quando colide com outro direito de ordem constitucional.

Corroborando com essa linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça julgou dois casos semelhantes relativos ao direito ao esquecimento versos liberdade de imprensa e informação, e tiveram decisões divergentes, tendo em vista a especificidade do caso concreto.

Como visto, o direito ao esquecimento precisa sair do campo doutrinário e jurisprudencial, tal direito carece de regulamentação para dar maior segurança jurídica aos cidadãos. E como apurou o presente trabalho, o direito ao esquecimento tem força constitucional e relevante interesse social, sendo um importante instrumento para a tutela da dignidade da pessoa humana.

Assim, como reconhecido pelo enunciado 576 da VII Jornada de Direito Civil, o direito ao esquecimento pode ser assegurado pela tutela inibitória, cabendo ao magistrado a aplicação desse direito, determinando, conforme o caso concreto, a retirada dos conteúdos ofensivos a dignidade da pessoa humana.

Novamente, cumpre ressaltar, que não se trata de retirar qualquer conteúdo de circulação e acesso. O direito ao esquecimento age nos fatos que não mais tem relevância social, sem qualquer interesse público, permitindo ao indivíduo o direito de ser deixado em paz, permitindo seguir em frente.

Portanto, que o direito ao esquecimento é de grande interesse social e carece de regulamentação, tirando das mãos dos magistrados a difícil decisão de qual direito irá prevalecer, com isso, a positivação do direito ao esquecimento trará maior segurança jurídica, bem como dará mais proteção aos cidadãos podendo se insurgir através da tutela inibitória contra os fatos desabonadores de sua conduta que não tenham qualquer relevância social, permitindo a proteção de sua intimidade, imagem e honra!

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Bruno de Lima; JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt. **Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil**. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 mai. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm> acesso em: 21 mai. 2018.

COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. **Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento**. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, 2017.

COMERLATO, Marília Bachi; SOARES, Marcelo Negri. **Direito ao esquecimento na sociedade da informação**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/283018360_DIREITO_AO_ESQUECIMENTO_O_NA_SOCIEDADE_DA_INFORMACAO_RIGHT_TO_OBLIVION_IN_THE_INFORMATION_SOCIETY> acesso em: 21 mai. 2018.

_____. Conselho de Justiça Federal. **VI Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>> Acesso em: 21 mai. 2018.

_____. Conselho de Justiça Federal. **VII Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>> Acesso em: 21 mai. 2018.

DIVINO, Sthefano Bruno Santos; SIQUEIRA, Lucas André Viegas Carvalho de. **O direito ao esquecimento como tutela dos direitos da personalidade na sociedade da informação: uma análise sob a ótica do direito civil contemporâneo**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24579>> Acesso em: 21 mai. 2018.

FARIAS, Edison pereira de, **Colisão de direitos a honra, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**, 2000, editora Sérgio Antônio Fabris editor, Porto Alegre.

FIORELLA, Bruno Viudes. **Os limites da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<https://brunovfadv.jusbrasil.com.br/artigos/185532154/os-limites-da-liberdade-de-imprensa-no-estado-democratico-de-direito>> acesso em: 09 mai. 2018.

PINHEIRO, Aline. **Direito ao esquecimento para usuários da internet vira lei na União Europeia.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-18/direito-esquecimento-internet-vira-lei-uniao-europeia>> Acesso em: 26 out. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela.** 11. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência: Soluções processuais diante do tempo da justiça** [livro eletrônico]. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito,** Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/PROF-MARINONI-TUTELA-INIBIT%C3%93RIA-E-TUTELA-DE-REMO%C3%87%C3%83O-DO-IL%C3%8DCITO.pdf>> acesso em: 10/10/2018.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1986

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição,** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SOUZA, Claudete de. **Direitos fundamentais: tutela e concretização,** disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/64118/direitos-fundamentais-tutela-e-concretizacao>> acesso em 11/10/2018.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC.** 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** 2001, Porto Alegre, livraria do advogado editora.

VERAS, Dyego Rodrigo Martins da Silva. **A aplicação da tutela antecipada como forma de garantia do preceito constitucional do acesso à justiça.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10292>. Acesso em out 2018.